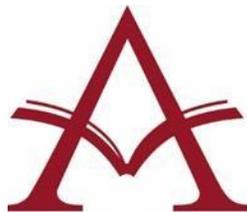


UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**LA GARANTÍA REAL HIPOTECARIA Y EL DERECHO DE
PROPIEDAD DEL POSESIONARIO, EN LIMA 2021**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

AGUIRRE RUEDA MARÍA VICTORIA
CÓDIGO ORCID: 0000-0002-4198-1920

ASESOR: Mg.

PANTIGOZO LOAIZA MARCO HERNÁN
CÓDIGO ORCID: 0000-0001-6616-0689

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DRECHO PENAL, CIVIL Y
CORPORATIVO**

LIMA, PERÚ

FEBRERO, 2022

Resumen

El presente trabajo de investigación que lleva por título, la garantía real hipotecaria y el derecho de propiedad del poseionario, en Lima 2021, tiene como finalidad el de buscar una solución que de alguna manera le de una garantía jurídica al poseionario en la adquisición originaria de la propiedad a través de una prescripción adquisitiva de dominio del bien inmueble frente a la garantía real de hipoteca, sobre todo cuando esta se haya otorgado con una fecha posterior al plazo que establece la ley, para que el poseionario de esta manera tenga expedito la posibilidad y el derecho de iniciar un proceso de prescripción adquisitiva de dominio, antes que el legitimado haga efectivo ese derecho.

Si bien es cierto el poseionario a través del proceso de prescripción se le declara como propietario a través de la prescripción adquisitiva, tal adquisición puede traerle problemas pues sobre el inmueble pesa una carga hipotecaria, lo que llevaría al peligro de perder la propiedad, razón por la cual en la presente investigación proponemos que se amplíe las funciones del juez para que pueda resolver la usucapión cuando se tiene una pretensión accesorio como es la cancelación del asiento registral de hipoteca, de esta manera dar solución al problema puesto que gran parte de propiedades se encuentran con poseionarios y luego los propietarios lo hipotecan estas propiedades privando del derecho a quienes de buena fe se encuentran en posesión del bien inmueble.

Palabras clave: Posesión de buena fe, prescripción adquisitiva, hipoteca

Abstract

The purpose of this research work is to find a solution that somehow gives the owner a legal guarantee in the original acquisition of the property through a purchase prescription of ownership of the real estate against the real mortgage guarantee, especially when it has been granted with a date after the term established by law, so that the possessor in this way has expedited the possibility and the right to initiate a domain acquisition prescription process, before the legitimized person makes that right effective.

Although it is true that the possessor through the prescription process is declared as the owner through the acquisitive prescription, such an acquisition can cause problems because a mortgage burden weighs on the property, which would lead to the danger of losing the property, reason why which in the present investigation we propose that the functions of the judge be extended so that he can resolve the usucapion when there is an accessory claim such as the cancellation of the mortgage registry entry, in this way to solve the problem since a large part of properties are They meet with possessors and then the owners mortgage these properties, depriving those who in good faith are in possession of the real estate of the right.

Keywords: Possession in good faith, acquisitive prescription, mortgage

Tabla de Contenidos

<i>Resumen</i>	3
<i>Abstract</i>	4
<i>Tabla de Contenidos</i>	5
<i>Introducción</i>	6
<i>1.- Antecedentes nacionales e internacionales (2 antecedentes de cada uno)</i>	8
1.1. Antecedentes Nacionales	8
1.2. Antecedentes internacionales	9
<i>2.- Desarrollo del tema (Bases teóricas)</i>	14
2.2. Concepto	14
2.3. La prescripción en la jurisprudencia	16
2.4. La posesión	18
2.5. Requisitos de la prescripción	20
2.5.1. Posición pública	21
2.5.2. Posición pacífica	21
2.5.3. Posición continua	21
2.6. Plazo de la prescripción extraordinaria	22
2.7. Prescripción adquisitiva originaria	22
2.8. Legislación sobre la propiedad y el registro	23
2.9. Concepto de hipoteca	24
2.10. La hipoteca y sus efectos	25
2.11. Buena fe registral	26
2.12. La cancelación del asiento registral de hipoteca	27
<i>3.- Conclusiones</i>	30
<i>4.- Aporte de la investigación</i>	32
<i>5.- Recomendaciones</i>	34
<i>6.- Referencias bibliográficas</i>	35

Introducción

Dentro de nuestra legislación se encuentra reguladas instituciones como la hipoteca, la usucapión la tercería de propiedad, instituciones que por lo general siempre se contradicen o se generan una serie de problemas sobre todo cuando el posesionario usucapiente ha superado el plazo para interponer una acción de prescripción adquisitiva de dominio ya sea ordinaria o extraordinaria, frente a una constitución de garantía hipotecaria interpuesta por quien tiene el título de propiedad; en todo caso conforme señala la norma el acreedor hipotecario tiene mayor preferencia frente al derecho del posesionario o usucapiente; tal y conforme lo ha resuelto la Sala Suprema Civil en diferentes casaciones.

En el presente trabajo de investigación trataremos de alcanzar un análisis doctrinario dogmático del artículo 952^o del Código Civil, donde además consideramos que se debe ampliar las facultades contenidas en el segundo párrafo de dicho artículo, al juez civil, a fin de que no sólo el Juez tenga la potestad de cancelar el asiento en favor del antiguo dueño sino que también pueda cancelar las hipotecas que pendan sobre el bien prescrito, siempre y cuando se hubiese perfeccionado con fecha anterior a la consumación de la prescripción, considerando que el plazo es de 10 años de posesión la misma que debe ser de manera continua, pública y pacífica a modo de propietario del bien en inmueble en posesión.

Por lo que, para llegar a los objetivos del presente trabajo de investigación, es necesario revisar la doctrina relacionado a la usucapión extraordinaria, la publicidad formal, la hipoteca, y sobre todo la doctrina relacionado a la fe pública registral, así como se realizara una revisión a la bastas jurisprudencia emitida por la Sala Civil de

la Corte Suprema de la República, en la que resolvieron cosas sobre prescripción adquisitiva de dominio; así como revisaremos los dispositivos legales referentes a las materias señaladas.

Así mismo no debemos dejar de lado que es importante señalar que la seguridad jurídica que se adquiere por el transcurso del tiempo permite a los ciudadanos dar confianza en la administración de justicia pues a través de un proceso por prescripción se le otorgará la propiedad del bien al poseedor de buena fe.

1.- Antecedentes nacionales e internacionales (2 antecedentes de cada uno)

1.1. Antecedentes Nacionales

Como antecedentes nacionales del presente trabajo de investigación hemos considerado dos tesis nacionales:

(Yangua, 2,017), en su trabajo de investigación que lleva por título “La prescripción adquisitiva de dominio como forma de extinción de la hipoteca”, llega a las siguientes conclusiones:

La inscripción registral de la hipoteca prevalece sobre la propiedad del usucapiente, por cuanto la primera es regulada por su propia normativa, es decir, el artículo 1122 del Código Civil, referente a las causales de extinción.

Prevalece la hipoteca, en virtud de la seguridad que otorga el registro al amparo del artículo 2014 del Código Civil, a favor del acreedor hipotecario.

Por la prescripción adquisitiva de dominio declarada judicialmente, la actuación del registrador público, se limita a la cancelación del asiento registral del anterior titular e inscribe la nueva propiedad a favor del usucapiente, dejando vigente la garantía hipotecaria.(p. 34)

(Ferrer, 2015), en su tesis titulada “La prescripción adquisitiva de dominio y su perjuicio por gravámenes del propietario registral no poseedor” para obtener el título de abogado concluye de la siguiente manera:

El poseedor siempre se va a ver perjudicado por las garantías reales que haya realizado el propietario registral de mala fe, ya que cuando el juez le otorgue la propiedad al prescribiente, este lo va a adquirir con todos las cargas y gravámenes que se encuentre el bien.

Nada impide que el titular registral afecte el bien con una garantía real como es en este caso una hipoteca, lo cual afectaría directamente al poseedor prescribiente.

Por otro lado el poseedor al ser declarado propietario este podrá acudir al poder judicial para demandar la nulidad de las hipotecas que se han constituido en el transcurso del proceso.

1.2. Antecedentes internacionales

Como antecedentes internacionales para el presente trabajo hemos considerado los siguientes:

Chuma (2016), en su trabajo de investigación para optar el título de Abogado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca Ecuador, titulado: *“Las formas de alegar la prescripción adquisitiva de dominio en el Ecuador”* llega a las conclusiones:

“Primera: La prescripción adquisitiva es un modo originario de adquirir el dominio, donde el poseedor ha mantenido el bien en su poder por cierto tiempo y se convierte en su propietario previa declaración judicial”.

“Segunda.- La prescripción adquisitiva se cumple, en favor de una persona, por el hecho de la posesión de la cosa durante el tiempo que determina la

ley, debiendo haberse realizado tal posesión y transcurrido el tiempo con los requisitos legales”.

“Tercera.- La prescripción o usucapión, viene de las voces uso y capere que significa, aprovechamiento por el uso y según pronunciamiento de otros autores apropiación por el uso”.

“Los principales elementos de la prescripción son:

La posesión, solo el poseedor puede llegar a adquirir el bien en base de la prescripción adquisitiva.

Debe transcurrir el tiempo establecido en la ley para que pueda ser pedida la prescripción”.

“La alegación, esto es, quien desee beneficiarse de la prescripción debe alegarla ante un Juez de lo Civil en forma expresa y dar a conocer su intención de convertirse en dueño del bien en base a la prescripción”.

“Respecto a la posesión encuentro dos elementos.

La tenencia, este es el elemento material de la posesión que significa la detentación del bien”.

“El ánimo del dueño, esto es, el individuo que debe tener la convicción de que es el dueño del bien.

La figura de la prescripción adquisitiva de dominio ayuda a constituir el dominio a aquellas personas que teniendo bajo su posesión determinado bien no pueden disponer libremente del mismo por falta de título, indicando que la

sentencia que declare con lugar la prescripción a favor del peticionario vendría a servirle de título de propiedad”.

“La prescripción adquisitiva de dominio puede alegarse de dos formas:

Como Acción, esto es, dirigir una petición al Juez pidiendo que se declare la existencia de un derecho. Para esto necesito tres elementos:

Titularidad, Posesión y Singularidad.

Como Excepción, esto es un derecho que tiene el demandado en contra del actor y además puede plantear una reconvencción o contrademanda”.

“Respecto a la prescripción ordinaria de dominio se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que determina la ley”.

“La prescripción ordinaria de dominio puede suspenderse a favor: de los menores, dementes, sordomudos y cuantos estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría, y se suspende siempre entre cónyuges”.

“Sobre la prescripción extraordinaria de dominio que permite adquirir la propiedad de las cosas comerciales que no han sido adquiridos por la prescripción ordinaria”.

“Debo indicar que la prescripción ordinaria como la prescripción extraordinaria de dominio nos conduce a la adquisición de la propiedad, en la primera requiere de posesión regular y la segunda requiere de posesión irregular”.

“Respecto a la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, ésta nos sirve para legalizar el derecho de los bienes raíces que han sido poseídos en la forma que establece la ley, esto es con el ánimo de señor y dueño, con una posesión pacífica, pública y tranquila, sin interrupción alguna durante el tiempo de quince años que es el tiempo que se encuentra establecido en la actualidad. Para que tenga lugar la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, no se requiere título alguno, basta la posesión material en los términos señalados en la ley, sin embargo en la práctica magistrados de justicia contraviniendo a lo dispuesto ordenan acompañar Certificado del Registro de la Propiedad, bajo amenaza de archivar los procesos y alegando que de esta manera se evitará cualquier tipo de fraudes sobre los bienes, de todas maneras ha servido para legalizar el derecho de la propiedad de quienes han poseído con el ánimo de señor y dueño, realizando actos, que a través de la prueba colaboran para que el Juez forme un criterio claro que conjuntamente con la inspección judicial, declaración testimonial, y otras diligencias resuelva positivamente a través de la sentencia, misma cuando se trata de bienes inmuebles tiene que ser protocolizada en una notaría e inscrita en el Registro de la Propiedad para que sirva de título”

(Rojas, 2014), en su tesis para optar el Grado de Magister en Derecho en la Universidad de Concepción Colombia titulada: *“La prescripción adquisitiva y el derecho de dominio garantía constitucional”*, llega a las siguientes conclusiones:

“La prescripción adquisitiva es regulada en los artículos 2492, 2498 y 2499: “Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano y se han poseído con las condiciones legales” “Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.”

“El artículo 19 N° 24 de la Constitución Política sólo establece con ese rango una forma permitida de perder la propiedad, esta es la expropiación, que exige el dictado de una ley que la autorice y se indemnice al expropiado. No hay otra forma constitucional de ser privado de la propiedad; sin embargo con esta normativa de carácter superior conviven los artículos 2498 y 2499 del Código Civil”.

“La pérdida de bienes por operar la prescripción adquisitiva, sancionada por un Juez, que ocurre de forma gratuita, puesto que quien pierde su derecho no es compensado de ninguna manera, es una fórmula eficiente para agrandar patrimonios”.

“Si el derecho de dominio se pierde para su titular, quien en el caso de los bienes raíces tiene posesión inscrita; y, se pierde SIN QUE SE DESTRUYA LA COSA, no se puede seguir afirmando que este derecho es perpetuo”.

“La Real Academia de la Lengua Española ha señalado que “Perpetuo” es aquello “Que dura y permanece para siempre”. Cuando opera la prescripción adquisitiva el derecho de dominio desaparece para su dueño y otro, que se

apoderó materialmente del bien es declarado como tal por el propio Estado, a través del Órgano Judicial”.

2.- Desarrollo del tema (Bases teóricas)

2.2. Concepto.

La prescripción adquisitiva conocida como la usucapión como “modo originario de adquisición de la propiedad, ha cumplido un papel fundamental en la circulación de la riqueza y su transcendencia en la economía ha sido muy bien apreciada; ya desde la época romana, cultura que dio nacimiento a este instituto jurídico, como tantos otros, se venía percibiendo el innegable valor del empleo efectivo de los bienes y su contribución de esta práctica hacia la sociedad”. “Para el maestro tratadista del Derecho Romano Eugène Petit, la usucapión en sus orígenes implicaba: “La inacción prolongada del propietario equivalía al abandono tácito de su derecho, y al cabo de un tiempo bastante corto, la adquisición era consumada en beneficio del poseedor” (PETIT, 2007, pág. 265). A modo de complemento, el mismo autor, cita a Cicerón, quien a su vez relató:

Usucapio viene, pues, de usu capere: adquirir por el uso. En el Derecho antiguo se expresa la misma idea por las palabras usus auctoritas, que indican la protección concedida por la ley (auctoritas) al que hace uso de la cosa (usus) durante el tiempo fijado (Cicerón, Topic, 4). El peregrino que tenía el commercium no podía usucapir. Es lo que la ley de las XII Tablas expresa de la siguiente manera: Adversas hostem aeterna auctoritas esto (Cicerón, De Offic., I, 12).

En la actualidad, “la importancia de su regulación dentro de los ordenamientos jurídicos es de gran valor, por cuanto, dentro del amplio abanico de situaciones que están bajo el amparo de la seguridad jurídica, es justamente la consolidación de los derechos de cada miembro de una sociedad, al haberlos ejercido con conocimiento expreso de las normas vigentes aplicables a sus conductas y como consecuencia de ello, saber la situación de ventaja o desventaja en que lo sitúa dentro del Derecho”. Para, Günther Gonzales Barrón, la usucapión es:

“La usucapión es una consecuencia a quien usa y disfruta de los bienes, explotándolos y aprovechándolos, pues esa es la razón última que funda el dominio, y un castigo al propietario inactivo, cuya conducta produce perjuicio a la economía en general, pues deja que la riqueza se mantenga improductiva”. (GONZALES BARRÓN G. H., 2015, pág. 49)

Así mismo se tiene que, “las facultades que tiene el acreedor hipotecario como son la persecución, preferencia y venta judicial del bien, muchas veces en situaciones reales u objetivas se ve enfrentada a la usucapión; y es lo que motiva el presente trabajo, por cuanto nos parece que no existe una conciliación paritaria respecto de la protección mayor o menor que debe tener uno u otro derecho en determinadas situaciones dudosas, y si la hay en la jurisprudencia, esta no es acorde con la seguridad jurídica y la justicia que deben imperar en situaciones en que los hechos superan las formalidades (posesión – inscripción)”.

“Siendo que la usucapión constituye título de adquisición de propiedad, técnicamente resultaría poco probable que esta pudiera ser vencida por otro derecho que no sea la propiedad invocada por un tercero, cuya existencia en el

tiempo es anterior a la consumación de la usucapión, por ejemplo; no obstante, la garantía hipotecaria, que también es un derecho real, muchas veces suele sobreponerse a la propiedad adquirida por usucapión, incluso si el plazo prescriptorio se haya cumplido mucho antes de la formación de la hipoteca”. Así lo ha reconocido la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, por ejemplo, en la sentencia casatoria N° 1164-2016-Lima:

“Ahora, si bien es cierto, la declaración de propiedad por Prescripción Adquisitiva es declarativa; es decir, basta con poseer un bien por más de diez (10) años, de forma pública, pacífica y continua para ser declarado como propietario, y que en el presente caso, los demandantes empezaron a poseer en el año mil novecientos setenta y siete, se considerarían como propietarios en el año mil novecientos ochenta y siete, es decir, diez (10) años después; sin embargo, esto no es suficiente, por cuanto al no haberse podido inscribir registralmente su propiedad, no puede oponerse a la hipoteca registrada”.

2.3. La prescripción en la jurisprudencia.

La Corte Suprema de Justicia, en el II Pleno Casatorio Civil emitido mediante la casación N° 2229-2008-Lambayeque, al respecto, ha dejado sentado:

“En suma, la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (propiedad, usufructo), por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por ley. Sirve además, a la seguridad jurídica del derecho y sin ella nadie estaría cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de

antiguo, lo que se exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas”.

La doctrina también reconoce como fundamento de la usucapión a la seguridad jurídica o el castigo del titular ocioso que no genera riqueza por el desuso o por el abandono del bien; así, por ejemplo, Francesco Messineo, en su obra, cuya traducción al español fue realizada por Santiago Sentis Melendo, indica:

“El fundamento jurídico de la usucapión reside en la incuria que el propietario –anterior– pone en el ejercicio del propio derecho, en contra de la ajena actividad de goce que se manifiesta en la prolongada y no interrumpida posesión y que sirve para poner en valor, con beneficio para la generalidad, el bien que ha dejado infructuoso o inactivo el propietario. Del ejercicio prolongado del derecho nacen la adquisición y la titularidad del mismo (...)”.

(MESSINEO, 1964, pág. 132)

La usucapión se justifica por la generación de riqueza a partir del uso normal de un bien, que se condice con el crecimiento económico y social de los pueblos; utilidad económica basada en la posesión durante un tiempo más o menos prolongado, y que termina por afianzar un derecho real a los ojos de la sociedad y confirmada por el derecho en sintonía con la seguridad jurídica. Esto es, reconocimiento de un derecho al ciudadano productivo y eliminación de la simple titularidad formal de aquel que no lo es económicamente respecto del bien objeto de usucapión.

2.4. La posesión.

“La posesión es un tema que ha despertado uno de los mayores debates en los estudios relacionados a temas jurídicos, respecto de esta, la discusión se centra principalmente respecto a su naturaleza jurídica, por lo tanto, su conceptualización y todo lo que ello implica. Por ejemplo, es inmensamente conocida la pugna, por la contraposición conceptual, a pesar de no ser contemporáneas, que existe entre las teorías sobre la posesión, propuestas por los dos estudiosos clásicos más grandes”, SAVIGNY e IHERING.

“El primero basa la posesión en dos elementos indispensables para que sea considerada como tal, el corpus, que es la relación física del hombre con la cosa y el animus domini, que sería la voluntad de poseer como propietario; tomamos un estudio realizado a la teoría del maestro alemán:”

Von Savigny señala que la posesión es:

“(…) La posesión romana propiamente dicha (civilis possessio) consistía en un poder de hecho al que debía unirse una voluntad especial: la voluntad de poseer en nombre propio (animus possidendi) o voluntad de propietario (animus domini). Savigny expone así este elemento especial de la voluntad: “El ánimo de poseer (animus possidendi) no es otra cosa sino la intención de ejercer el derecho de propiedad. Pero esta definición no es suficiente, porque una persona puede tener la intención o ánimo de poseer de dos maneras diferentes: puede querer ejercer el derecho de propiedad de otra persona o el suyo propio. Si tiene la intención de ejercer la propiedad de otro no existe este animus possidendi, que es necesario para que el hecho de la detentación (corpus) se transforme en

posesión”. Agrega Savigny que el animus possidendi no es otra cosa sino el animus domini o animus sibi habendi. “En consecuencia, para ser considerado como verdadero poseedor de una cosa es necesario que el que detente se comporte como propietario; en otros términos, que pretenda disponer de la cosa como un propietario tendría la facultad de hacerlo en virtud de su derecho, lo que implica en particular que no conozca a nadie más un derecho superior al suyo. La idea de posesión no exige otra cosa sino este animus domini; y, sobre todo, no supone la convicción de que realmente se tenga la propiedad (opinio seu cogitatio domini): he aquí por qué el ladrón y el bandido pueden tener la posesión de la cosa robada..., pero no el arrendatario, quien no posee, pues no considera la cosa como suya”.

Por su parte Rudolf Von Ihering, contraponiéndose a Savigny señala que la posesión es;

“La posesión (rectius: en el “corpus”), sino la existencia de una especial intención de comportarse como propietario materializada en el animus domini. En consecuencia, para IHERING no basta con el contacto físico entre el sujeto y el bien, sino además es necesario el ánimo de poseer. (...) Dejemos a IHERING exponer su pensamiento: “La posesión no es, pues, la simple reunión del corpus y del animus, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa, sino que el corpus es el hecho de la voluntad; no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de pronunciada. El corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento. En la palabra toma cuerpo el pensamiento, hasta entonces puramente interno; en el corpus toma cuerpo la

voluntad, hasta aquel momento puramente interior; ninguno de los dos existía antes de entonces para la percepción. La relación de lugar no tiene otra importancia, que la de ser condición indispensable de la voluntad de poseer; pero no se convierte en corpus, sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria". (GONZALES BARRÓN G. H., 2009, pág. 126)

2.5. Requisitos de la prescripción.

Con relación a los requisitos de la prescripción se tiene que la doctrina es uniforme y las legislaciones tanto nacionales como la comparada coinciden al señalar los requisitos indispensables que debe cumplir el aspirante a usucapir un bien inmueble con el fin de lograr o subsanar su título de propiedad sobre el mismo; pues la posesión por sí misma no basta para cumplir esta finalidad, sino que, debe estar investida de ciertos presupuestos, que en nuestra legislación se encuentran en el primer párrafo del artículo 950 del Código Civil peruano. Implica, entonces, que no todo poseedor califica para usucapir y, por lo tanto, lograr la titularidad de algún derecho real sobre la cosa que posee, sino, tan sólo, aquel que cumpla estrictamente tales lineamientos.

Los requisitos comunes tanto para la usucapión ordinaria como para la extraordinaria de bien inmueble, son la posesión pública, pacífica, continua y en modo de propietario, en ambas se ha establecido un determinado plazo que debe perdurar la posesión con todos esos requisitos concurrentes, siendo para la primera cinco y diez años para la segunda. En la usucapión ordinaria o corta además de los indicados, la norma exige dos requisitos adicionales, el justo título y la buena fe, que no son necesarios para el tipo de prescripción adquisitiva que nos ocupa, razón por

la cual sólo trataremos respecto de los primeros, ya que el presente trabajo versa sobre usucapión extraordinaria de bien inmueble.

2.5.1. Posición pública

“Se entiende por posesión pública al ejercicio o poder de injerencia fáctica sobre una cosa, potencialmente conocida por cualquier ciudadano sin tener que recurrir a esfuerzos grandes o costosos para tal fin, bastando con una debida diligencia ordinaria y acorde con el uso y finalidad normal que se ha de dar al bien de acuerdo a su naturaleza”.

2.5.2. Posición pacífica

“El carácter pacífico de la posesión con fines usucapibles tiene que ver con la aceptación tácita del titular o terceros hacia la posesión que se ejerce sobre determinado bien, esto es, que dicho ejercicio no encuentre oposición alguna de parte de nadie, en consecuencia, no exista fuerza o violencia del poseedor sobre la cosa”.

2.5.3. Posición continua

“Implica que el poder de hecho o potencialidad de injerencia sobre el bien no haya tenido solución de continuidad o se haya visto interrumpida de modo alguno, por el lapso superior a un año, esto no supone que el contacto sea llevado a cabo en todo momento, sin desprendimiento ni siquiera momentáneo; por cuanto pueden existir interrupciones pasajeras o esporádicas a las que se refiere el artículo 904 del Código Civil; la continuidad de la posesión es la posibilidad potencial de tomar contacto ya sea de forma

directa o a través de otros –pero en beneficio del verdadero poseedor– sobre el bien en cualquier momento”.

2.6. Plazo de la prescripción extraordinaria.

“Además de los requisitos exigidos por ley ya indicados líneas arriba, lo determinante para que el poseedor adquiera la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio es el tiempo que el usucapiente debe poseer el bien, es decir, ha de conducirlo de manera pública, pacífica, continua y a modo de propietario, por el plazo de diez años; plazo que establece el artículo 950 del Código Civil, para la usucapión extraordinaria”.

“En la usucapión extraordinaria o larga de bien inmueble, a diferencia de la ordinaria o corta se caracteriza por tener la facultad de subsanar las deficiencias del que adolezca el título que ostenta el poseedor del bien, así como otorgar el título que no tiene el poseedor para afirmar su posesión, y como consecuencia de ello, adquirir la propiedad. Al tener la condición de un plazo más lato ya no es necesario la concurrencia de un justo título y buena fe, que sí se requieren para la usucapión ordinaria; en tal sentido, sus efectos son más extensos, ya que no han de confirmar un título preexistente, sino que, a falta de este, la usucapión larga ha de crear uno nuevo o subsanar aquel que adolezca de causal de invalidez”.

2.7. Prescripción adquisitiva originaria

El Código Civil peruano de 1984 en el capítulo segundo, título II del libro V estatuye las formas de adquisición de la propiedad, pero ha sido la doctrina la que se ha encargado de diferenciar los tipos de adquisición de la propiedad, en modos derivados y modos originarios; así, por ejemplo:

Por las primeras, es decir, para las “causas de adquisición derivativas, se produce un fenómeno de transmisión en donde el titular deja de serlo voluntariamente a fin que otro adquiere el bien singular en su reemplazo. El caso típico es el de los contratos enajenativos (art. 949 C. C.). Por las segundas, es decir, por las “causas de adquisición originarias”, no existe transmisión voluntaria de uno a otro, sino un fenómeno de pérdida de propiedad, al que se suma el nacimiento de una nueva propiedad sin tener como causa la anterior, es decir, surge “ex novo”. El caso típico es el de la apropiación (art. 929 C. C.). (GONZALES BARRÓN G. H., 2009, pág. 355).

2.8. Legislación sobre la propiedad y el registro.

“El registro de propiedad inmueble no convalida ni da origen al derecho de propiedad que contiene en sus títulos archivados o asientos registrales, su objeto es dar publicidad a los derechos reales de las personas, con lo que podrán tener a su alcance mayores instrumentos de defensa a sus derechos e intereses en caso se vean inmersos en un conflicto o incertidumbre jurídica.

El ordenamiento jurídico peruano referente a la adquisición de la propiedad establece un sistema de “título”, no hace falta el “modo” como sí lo tienen otras legislaciones, el mismo que puede consistir en la tradición o la inscripción registral. En el Código Civil peruano, el primero sí es requisito para la transmisión de la propiedad de bienes muebles, generándose un sistema de título y modo en la transferencia de estos. Este sistema de adquisición de la propiedad inmueble –de simple título– es plenamente aplicable para las adquisiciones originarias, propiamente para la usucapión, no porque estemos dando una

interpretación extensiva al artículo 949 del Código Civil, referente a la transmisión de la propiedad inmueble, sino que, la adquisición del dominio por usucapión extraordinaria tiene su regulación propia en los artículos 950 y 952 del mismo cuerpo normativo, los mismos que ya fueron objeto de estudio en el apartado anterior, y dejamos sentado que, la propiedad se gana por usucapión extraordinaria al cumplimiento del plazo establecido, ejerciendo posesión del bien de manera continua, pública y pacífica como propietario, esto es, durante diez años”.

2.9. Concepto de hipoteca

“En general nuestra doctrina, reconoce la hipoteca como un derecho real, que pone de un lado a los de goce, en los que están la propiedad (derecho real por excelencia), el usufructo, uso o la servidumbre; y del lado de los derechos reales de garantía se encuentran la hipoteca, anticresis y la prenda (en el Perú se llama garantía mobiliaria)”. “Los contenidos en el primer grupo, tal como su nombre lo indica, otorgan a su titular un goce efectivo y directo sobre el bien que recae el derecho, es decir permite a su titular actuar materialmente sobre la cosa; los segundos en cambio, no implica disfrute alguno sobre el bien de parte del beneficiario del derecho, sino que, otorgan a este, seguridad o confianza del cumplimiento de una obligación en cuya relación tiene el rol de acreedor, o lo que es lo mismo, tener cierta facultad de actuar indirectamente sobre el bien, debiendo previamente realizarse una condición y que es el incumplimiento de cierta obligación, debido a su accesoriedad”.

La hipoteca tiene sus orígenes en la cultura griega, que luego fue usada por los romanos. Sin embargo, hay quienes afirman que los romanos tuvieron su propia creación de esta figura, por cuanto, no se ha podido establecer si los romanos adaptaron a su legislación la hipoteca griega o se trata de una creación original, esto, debido a las notorias diferencias que existe en ambos ordenamientos; es por ello que, sólo cabe afirmar la existencia en ambos países (VÁSQUEZ RÍOS, 2003)

2.10. La hipoteca y sus efectos

“La garantía real de hipoteca otorga a su titular, el acreedor de la obligación garantizada, los derechos aludidos; sin que durante la vigencia de la misma implique la desposesión del propietario que otorga dicha garantía o la imposibilidad de disposición del propietario, ya que estas facultades del mismo se encuentran intactas, sólo que aquel que adquiere un bien gravado se somete al riesgo de una futura ejecución de garantía y posterior remate del bien, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada”.

“Estas mismas facultades, ya se contemplaban en el derecho romano, con las reglas propias de una institución jurídica naciente, en el cual también se reconocía al titular tales poderes sobre el bien, si es que no hubiera sido pagado; transcribimos el importante estudio realizado por el maestro italiano en materia de derecho romano:

El acreedor que no ha sido pagado a su vencimiento puede prevalerse de la seguridad que le confiere la hipoteca. Si se considera la institución en su completo desarrollo, esta seguridad consiste en las ventajas siguientes: a) Derecho de ejercitar contra cualquier detentador de la cosa hipotecada la acción

in rem hipotecaria para hacerse poner en posesión; b) Derecho de vender la cosa hipotecada; c) Derecho de pagarse con el precio con preferencia a los demás acreedores que no tienen garantía real, salvo la obligación de restituir al deudor lo que excede el importe del crédito. (PETIT, 2007, pág. 302)

2.11. Buena fe registral.

“La buena fe, en su sentido más amplio, implica desconocimiento de la existencia de algún error o vicio en algún o algunos requisitos o presupuestos del acto jurídico; la buena fe registral, en cambio, es la actuación jurídica respecto de un bien basándose en la información que brinda el registro, que, por imperio de la ley, otorga seguridad jurídica a quien a título oneroso se funda en dicha información que se presume conocida por todos. Por citar algunos alcances dados por los doctrinarios respecto de este principio, se tiene”:

Publicidad no es en rigor otra cosa que la actividad tendente a lograr que algo sea público. Y público es lo que resulta manifiesto, conocido o notorio. Cuando se habla de publicidad en Derecho privado se alude a una fundamental necesidad de que determinados actos o negocios jurídicos entre las partes puedan ser o sean conocidos por la comunidad o, por lo menos, que se faciliten los medios para que puedan serlo. (DÍEZ PICAZO L. , 1995, pág. 292)

Si se pretendiera dar una definición de este principio, se diría que es aquel que protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe, de quien aparece en el registro como titular registral que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamenta en causas no inscritas antes. (TORRES VÁSQUEZ, 2016, pág.507)

Nuestra legislación recoge este principio en el artículo 2014º del Código Civil y en el artículo VIII del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos. “El fin de estos dispositivos legales radica en la protección de aquel que adquiere un derecho real sobre un bien, sobre el cual también existe otro derecho real a favor de un titular distinto, incompatible con el que obtiene el nuevo adquirente. Para que la protección alcance a este último – tercero en la relación obligacional primigenia– tiene que cumplir ciertos requisitos: a) El transferente haya ostentado un título defectuoso, conllevando la inexistencia del derecho de propiedad sobre el bien; b) los defectos del título de transferente no consten en el registro; c) el adquirente (tercero) obtenga el derecho de buena fe; d) la transferencia deba ser a título oneroso; y e) que el adquirente (tercero) inscriba su derecho. Estos presupuestos son necesarios para que el tercero al recurrir al principio de la fe pública registral encuentre amparo a través de él, con el cual el adquirente no verá afectado su derecho como consecuencia de la nulidad, rescisión o resolución del título de su transferente”.

2.12. La cancelación del asiento registral de hipoteca

En la Sentencia Casatoria N° 1164-2016-Lima emitida el 10 de mayo del 2017, fundamento quinto, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado lo siguiente:

“Ahora, si bien es cierto, la declaración de propiedad por Prescripción Adquisitiva es declarativa; es decir, basta con poseer un bien por más de diez (10) años, de forma pública, pacífica y continua para ser declarado como propietario, y que en el presente caso, los demandantes empezaron a poseer

en el año mil novecientos setenta y siete, se considerarían como propietarios en el año mil novecientos ochenta y siete, es decir, diez (10) años después; sin embargo, esto no es suficiente, por cuanto al no haberse podido inscribir registralmente su propiedad, no puede oponerse a la hipoteca registrada”.

“La indicada ejecutoria suprema le da preferencia al derecho real de garantía otorgado bajo los alcances de la información registral, por sobre el derecho real de propiedad adquirido mediante usucapión no declarada como tal, ni notarial o judicialmente; por lo que, el derecho de propiedad no inscrita del usucapiente no puede ser oponible al derecho real de garantía registrada. Pese a que la adquisición de la propiedad por usucapión es de naturaleza originaria, que se consuma al sólo cumplimiento del plazo unida a otros requisitos establecidos legalmente”; la sentencia estimatoria el proceso de prescripción adquisitiva de dominio es declarativa del derecho de propiedad; nuestro sistema registral de propiedad es declarativo; así como el amparo del tercero registral debe fundarse en la buena fe objetiva y subjetiva; “la indicada Sala Suprema pone en un plano de desprotección al propietario, eliminando así la seguridad jurídica que debe tener una institución tan arraigada a la realidad material y que es de mayor y mejor conocimiento público que los contenidos registrales que son netamente formales, ya que se basa en la posesión pacífica, pública y continua como propietario por más de diez años; es decir, con tal pronunciamiento, la usucapión cuyo basamento es la posesión y se funda en la utilidad económica del bien, no está dotada de las facultades de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien, inherentes a la propiedad, por el sólo hecho

e haber omitido una cuestión puramente formal de la inscripción registral del derecho adquirido originariamente”.

3.- Conclusiones

Como conclusiones del presente trabajo de investigación podemos decir;

El artículo 952º del Código Civil de 1984, otorga ciertas facultades a los jueces, a fin de que puedan cancelar los asientos registrales de los gravámenes que han sido otorgados por el anterior titular del bien inmueble posterior a la fecha de cumplimiento de la prescripción, quedando desprotegidos a los poseedores que reúnen los requisitos para la prescripción de un bien; razón por la cual es necesario que los legisladores amplíen las facultades que se encuentran prescritas en la segunda parte del artículo 952º del Código Civil, relacionado a la cancelación del asiento registral de garantías hipotecarias otorgadas por el anterior propietario.

Conforme se ha analizado en la revisión legislativa se tiene que la Ley civil de 1984, en el artículo 952º segundo párrafo, sólo le da facultades al Juez Civil para que realice el levantamiento del asiento registral de propiedad del antiguo dueño, dejando un vacío cuando se tiene que ver o levantar la garantía hipotecaria previamente constituida por el propietario, cuando la prescripción o usucapión ya fue consumada es decir aceptada mediante sentencia en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio ordinario.

Con relación a la hipoteca se tiene que los efectos que causa a favor del acreedor hipotecario son la persecución, preferencia y venta judicial del bien, que pueden determinar la pérdida del bien en caso del incumplimiento de la obligación garantizada. Razón por la cual la hipoteca cuando se encuentra con la prescripción entra en conflicto con el derecho de propiedad que se adquiere mediante la

prescripción adquisitiva de dominio, sobre todo cuando este se realizó, pero que su titular no ha iniciado trámite alguno para ser declarado como tal; por lo que se tiene que el anterior propietario en este caso el que fuese quien se encuentra inscrito en el registro de propiedad, se le otorga como garantía real; razón por la cual se en ese estado se da la adquisición de la propiedad con gravamen, generándose así la pérdida del bien el mismo que va en perjuicio de prescribiente cuando se enfrenta a un remate judicial.

Por su parte cuando hablamos de la fe pública registral, el mismo que e en encuentra debidamente prescrito en el artículo 2014^o del Código Civil vigente, no es suficiente para amparar el derecho adquirido por el tercero; razón por la cual se tiene que las facultades de persecución, preferencia y venta judicial del bien del acreedor hipotecario, están a la vista; por lo que, es necesario la configuración expresa de ampliación de la presunción de la buena fe registral en sus dos vertientes subjetiva como objetiva, con la finalidad de que el titular de la garantía hipotecaria se encuentre debidamente protegido por el principio de la buena fe pública registral.

4.- Aporte de la investigación

Luego de haber analizado la doctrina, la legislación así como la jurisprudencia relacionada a la prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria y ordinaria, consideramos que el aporte que podemos brindar está en estudiar y dar a conocer seguridad jurídica, que debe tener un acto de prescripción o usucapión, que servirán para solucionar los problemas que se dan cuando existe una inscripción hipotecaria de garantía en el proceso de prescripción, vacío legal que se ha advertido y que en su momento los legisladores seguramente modificarán el código civil, pues últimamente se ve claramente como las personas usucapiones que recurren al Poder Judicial en busca de Tutela Efectiva, se dan con la sorpresa que no pueden ser propietarios por prescripción porque el bien ha sido hipotecado, razón por la cual urge la necesidad de corregir el error y difundir el problema encontrado a fin de tomar conciencia y modificar el artículo 952º del Código Civil.

Es por eso la importancia en el aporte del presente trabajo de investigación el mismo que no solo tiene una relevancia jurídica, al poner en la balanza dos instituciones jurídicas tan importantes que en la realidad se ven enfrentadas como son la prescripción y la hipoteca, y cómo puede determinarse la supremacía de una de ellas, razón por la cual se pretende proponer medios de solución que protejan realmente la seguridad jurídica y sobre todo se haga justicia a los conflictos planteados. Aportando de esta manera, algunos razonamientos para la toma de decisiones jurisdiccionales, así como para la interposición de demandas o contestar las propuestas en defensa del derecho ostentado; reafirmando así la seguridad

jurídica que debe comunicar a los ciudadanos toda institución jurídica contemplada en nuestra legislación.

Por otro lado se debe señalar que es importante estudiar y proponer soluciones que otorguen seguridad jurídica a la usucapión, “confirmando así la eliminación de incertidumbre del propietario usucapiante; pues, la actual solución que promete nuestra legislación y judicatura se inclina por el favorecimiento de la garantía real de hipoteca, en desmedro del derecho de propiedad del prescribiente, que al verse enfrentado ante una carga constituida por el titular registral que ya no es propietario en la realidad fáctica ni jurídica, en virtud del nuevo derecho adquirido por aquel”.

5.- Recomendaciones

Gracias al presente trabajo de investigación podemos decir que recomendamos a los legisladores a efectos de que modifiquen la segunda parte del artículo 952º del Código Civil; donde se amplíe las facultades otorgadas del juez civil, para que en la resolución final se pronuncie sobre la cancelación del asiento registral de actos de disposición o gravamen, otorgados por el anterior propietario, que vendría a ser el titular registral, con posterioridad al cumplimiento del plazo para la usucapión.

En ese sentido se tiene que el legislador también debe contemplar expresamente el alcance de la buena de la fe pública registral, el mismo que se encuentra prescrito en el artículo 2014º del Código Civil vigente; por lo que, es necesario la regulación expresa en dicho dispositivo legal, para que se configure la buena fe del tercero registral, debiendo concurrir por mandato de la ley, la denominada “buena fe diligencia” en sus dos vertientes subjetivo como objetivo; por lo que debería ser necesario la constatación del ejercicio posesorio del bien y el título que ostenta el poseedor en caso este sea persona distinta al titular registral.

Así mismo, la tercería de propiedad contra la ejecución de garantías reales, debe proceder incluso si el demandante demuestra tener un mejor derecho de propiedad por prescripción o posesión, sin que necesariamente tenga proceso civil pendiente o sentencia consentida o ejecutoriada; razón suficiente para modificar también el segundo párrafo del artículo el artículo 533º del Código Procesal Civil, con el objeto de otorgarle cierta oponibilidad a la propiedad ganada por usucapión contra la garantía real, siempre que esta última se haya perfeccionado en fecha posterior al cumplimiento del plazo prescriptorio establecido por ley.

6.- Referencias bibliográficas

ALBALADEJO GARCIA, M. (2004). La Usucapión. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y Bienes Muebles de España.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2015). Derechos Reales. N° 1. Biblioteca del Derecho de Propiedad . Lima: Jurista Editores.

ARIANO DEHO, E. (2016). Código Procesal Civil Comentado por los Mejores Especialistas (1° ed., Vol. IV). Lima: Gaceta Jurídica.

BERASTAIN QUEVEDO, C. (2003). Código Civil Comentado Por los 100 Mejores Especialistas. (Vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.

BULLARD G., A. (Diciembre de 1991). Un Mundo Sin Propiedad. Revista de Derecho PUCP(N° 45), 131-157.

CALEGARI DE GROSSO, L. E. (2006). Usucapión (2 ed.). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni editores.

CHUMA, QUIZHPI Luis Antonio, *“Las formas de alegar la prescripción adquisitiva de dominio en el Ecuador”*, Cuenca Ecuador 2016.

DÍEZ PICAZO, L. (1995). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (4° ed., Vol. III). Madrid: Civitas.

DÍEZ PICAZO, L. (2008). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (5° ed., Vol. III). Pamplona: Thomson Civitas.

FERRER MANTILLA, D. E. (2015). La Prescripción Aquisitiva de Dominio y su Perjuicio por Gravámenes del Propietario Registral no Poseedor. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.

GONZALES BARRON, G. (2015). Los Derechos Reales y su Inscripción Registral (2 ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

GONZALES BARRÓN, G. H. (2009). Derechos Reales (2° ed.). Lima: Ediciones Legales.

GONZALES BARRÓN, G. H. (2015). La Usucapión Fundamentos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio. N° 2. Biblioteca del Derecho de Propiedad (3 ed.). Lima: Jurista Editores.

GORDILLO CAÑAS, A. (2010). El Pincipio de Fe Pública Registral. N° 3. Biblioteca Moderna de Derecho Civil. Lima: Jurista Editores.

LEDESMA NARVÁEZ, M. (2008). Comentarios al Código Procesal Civil (1° ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.

LOHMANN LUCA DE TENA, J. G. (2019). Estudios Claves de Derecho Civil (1° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

MARIANI DE VIDAL, M. (2004). Derechos Reales (7° ed., Vol. 1). Buenos Aires: Zavallía.

MESSINEO, F. (1964). Manual de Derecho Civil y Comercial. (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires - Argentina: Ediciones jurídicas Europa- América.

MORENO GUIPIOC, P. M., & VALVERDE UTRILLA, B. K. (2013). Efectos de la Prescripción Adquisitiva de Dominio Frente a la Garantía Hipotecaria Inscrita. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.

MUSTO, N. J. (2000). Derechos Reales (Vol. 1). Buenos Aires: Astrea.

PASCO ARAUCO, A. (2018). Fraude Inmobiliario - Análisis Para una Efectiva Defensa Legal de la Propiedad (1° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

PEDRO LEÓN , T. (2005). El Proceso de Usucapión (3 ed.). Códova: Alveroni Ediciones.

PETIT, E. (2007). Tratado Elemental de Derecho Romano (23° Edición ed.). (D. J. FERRÁNDEZ GONZÁLES, Trad.) México: Editorial Porrúa.

ROJAS, ESPINOZA, María Cristina, *“La prescripción adquisitiva y el Derecho de dominio garantía constitucional”*, Concepción Colombia 2014.

RONQUILLO PASCUAL, J. (2015). Tercería de Propiedad Contra Embargo e Hipoteca (1° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

SOTO TABOADA, A. D. (Julio de 2018). La Prescripción Adquisitiva de Dominio. Diálogo con la Jurisprudencia(238), 111-119.

TABOADA TRUJILLO, D. (2018). LA PROPIEDAD Los Procesos Judiciales en la Jurisprudencia de la Corte Suprema. Lima: Gaceta Jurídica.

TORRES VÁSQUEZ, A. (2016). Código Civil (8° ed., Vol. II). Lima: Editorial Moreno S.A.

TORRES VÁSQUEZ, A. (2016). Código Civil (8° ed., Vol. V). Lima: Editorial Moreno S.A.

TORRES VÁSQUEZ, A. (2016). Teoría General del Contrato (2° ed., Vol. I). Lima: Instituto Pacífico.

VALENCIA ZEA , A. (1976). Derecho Civil (5° ed.). Bogotá: Temis.

VALENCIA ZEA, A. (1968). La Posesión. Bogotá: Temis .

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1962). Estudios Sobre Derecho de Cosas y Garantías Reales. Barcelona: Nereo.

VÁSQUEZ RÍOS, A. (2003). Los Derechos Reales de Garantía (3° ed., Vol. III). Lima: San Marcos.

VILLEGAS, C. G. (1998). Las Garantías del Crédito (2° ed., Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.

YANGUA SANDOVAL , D. L. (2017). La Prescripción Adquisitiva de Dominio Como Forma de Extinción de la Hipoteca. Piura: Universidad Nacional de Piura.